

A Ação Civil Pública no Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais

Public Civil Action in the Control of Municipal Laws Constitutionality

Mário Lúcio Garcez Calil^{ab}; Flávio Luís de Oliveira^{a*}

^aInstituição Toledo de Ensino, SP, Brasil

^bUniversidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba, MS, Brasil

*E-mail: flavioluis@terra.com.br

Resumo

O município é o ente federado mais próximo da população. Apesar disso, existem restrições acerca das possibilidades de controle dos instrumentos legais municipais. A possibilidade do controle de constitucionalidade das leis municipais por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF não é suficiente para prevenir todas as possibilidades de violação à Constituição pelo direito municipal. Assim, o objetivo deste trabalho é, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, estudar as possibilidades do controle de constitucionalidade das leis municipais por meio da utilização ação civil pública que, sendo ação constitucional com legitimidade ativa bem mais ampla do que as ações de controle concentrado de constitucionalidade, e com um objeto processual extremamente amplo, parece oferecer várias possibilidades no que tange ao controle jurídico da legislação municipal.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Leis Municipais. Ação Civil Pública.

Abstract

The municipality is the federal entity that is closest to the people. Nevertheless, there are restrictions regarding the possibilities of control of municipal legal instruments. The possibility of constitutionality control of municipal laws through ADPF (Portuguese acronym for Argumentation of Non-compliance with Fundamental Precept) is not enough to prevent all possibilities of violation to the Constitution by municipal law. So the aim of this research is, through literature and documentary review, to explore the possibilities of constitutionality control of the municipal laws through public civil action, which is a much broader active legitimate constitutional action than the actions of constitutionality concentrate control, and with an extremely broad procedural object, seems to offer several possibilities regarding legal control of municipal legislation.

Keywords: Constitutionality Control. Municipal Laws. Public Civil Action.

Introdução

O município é o ente federado que se encontra mais próximo dos problemas e demandas da população. Apesar disso, no que concerne às suas ações e normatizações, existem restrições provenientes da própria Constituição Federal - CF que acabam por limitar o acesso à Justiça.

Apesar da possibilidade aberta em 1999 pela Lei 9.882, do controle de constitucionalidade da legislação dos municípios tendo como paradigma a Constituição Federal por intermédio da ADPF ainda figura insuficiente, levando em conta todas as possibilidades de violação da Constituição pelo direito municipal.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é estudar as possibilidades do controle de constitucionalidade das leis municipais por intermédio da ação civil pública, haja vista as restritas possibilidades previstas pela Constituição Federal no que tange à matéria.

A ação civil pública, enquanto ação constitucional com legitimidade ativa bem mais ampla do que as ações de controle de constitucionalidade, e com um objeto processual amplo, parece oferecer várias possibilidades no que tange ao controle

jurídico da legislação municipal.

Para atingir o objetivo traçado, serão realizadas pesquisas em obras doutrinárias relativas ao tema, bem como na jurisprudência dos tribunais superiores, de modo a determinar as possibilidades jurídicas do controle de constitucionalidade das leis municipais, tendo como paradigma a Constituição Federal.

Justifica-se o presente trabalho pela importância da legislação municipal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a necessidade de efetivação da Constituição Federal em relação às leis municipais, aumentando as possibilidades de acesso à justiça e corroborando o direito fundamental à inafastabilidade jurisdicional.

2 Desenvolvimento

2.1 Principais aspectos do controle da constitucionalidade no Sistema Jurídico Brasileiro

No Brasil, o sistema de controle concentrado da constitucionalidade é o denominado “jurisdicional misto”, que se realiza por duas vias: 1) pelo controle difuso ou incidental, por via de exceção e, 2) pelo controle concentrado

ou abstrato, pela via da jurisdição constitucional concentrada ou especial.

O controle difuso ou incidental da constitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal ao apreciar, de forma incidental no curso do processo, de ofício ou mediante provocação da parte ou do interessado, questão respeitante à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Não há forma rígida ou prazo para o exercício do controle de constitucionalidade difuso ou incidental no curso do processo, haja vista que este controle é matéria de ordem pública e, portanto, não gera preclusão. Destarte, o demandado poderá suscitar o controle difuso no bojo da contestação, por petição incidental nos autos ou pela via recursal.

Pela via do controle incidental, a decisão que eventualmente concluir pela inconstitucionalidade do diploma atacado atingirá apenas as partes constantes daquela demanda, ou seja, terá eficácia *inter partes*, com efeitos *ex tunc*. Acerca de tal característica, Almeida (2007, p. 690) esclarece:

A validade *erga omnes* e, portanto, em relação a terceiro, dependerá, pelo que prevalece, da suspensão por resolução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF/88), o que poderá ocorrer após decisão final, em controle difuso e incidental, do STF e comunicação para os fins previstos no art. 52, X, da CF/88.

Referido controle de constitucionalidade é considerado garantia constitucional com fundamento no art. 5º, XXXV da CF/88, posto que a inafastabilidade das decisões judiciais, garante o acesso a uma ordem jurídica justa, um dos mais fundamentais direitos de um sistema democrático, via dos demais direitos constitucionais fundamentais.

O controle concentrado da constitucionalidade no sistema brasileiro será exercido pelas vias delimitadas pela Constituição: 1) ação direta de inconstitucionalidade; 2) ação declaratória de constitucionalidade; 3) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 4) arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRASIL, 1988).

Referido controle concentrado no sistema brasileiro será exercido perante: o Supremo Tribunal Federal; os Tribunais de Justiça dos Estados, no caso de incompatibilidade de norma estadual ou municipal com a Constituição Estadual; e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentro de suas competências.

2.2 O controle de constitucionalidade das leis municipais no Brasil

O controle de constitucionalidade das leis municipais, no direito nacional, faz-se por meio da representação de inconstitucionalidade da lei municipal pelo Estado-membro, ou por intermédio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nas hipóteses do art. 1º, Parágrafo único, I, da Lei 9.882/99.¹

No que concerne à primeira hipótese, o controle apenas se fará em relação aos dispositivos da Constituição do Estado no qual se localiza o Município. Dessa forma, o controle se encontra extremamente restrito, mesmo no que tange aos dispositivos da Constituição Federal que são de repetição obrigatória pelas Constituições dos Estados.

Na segunda hipótese, o paradigma de controle será a Constituição Federal, porém, tendo como legitimados aqueles constantes do rol previsto pelo art. 103 da Constituição Federal², combinado com o art. 2º, I, da Lei 9.882/99³. Sobre o tema, afirma Ferrari (2004, p. 456-457):

É de conhecimento geral que, até o advento da Lei 9.882/99, não era possível o controle abstrato da constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais em face da “Constituição Federal, sujeitando-se apenas ao controle difuso. O controle abstrato ficava restrito em face das constituições estaduais, realizados pelos Tribunais de Justiça, conforme disciplina prevista no artigo 125, par. 2º, de nossa Lei Fundamental. Porém, sendo a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição uma forma de controle concentrado da constitucionalidade sobre atos do Poder Público, normativos ou não, encontram-se aí inseridos os atos de todos os entes federativos parciais que compõe a Federação brasileira. [...] Agora, o controle abstrato das leis municipais frente às normas constitucionais federais - quando constituam preceitos fundamentais - pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

É evidente, então, que a possibilidade de propositura de ADPF para o controle concentrado de ato normativo municipal em face da Constituição Federal representou grande avanço no que concerne ao acesso à justiça, porém, de maneira bastante restrita considerando a pequena quantidade de legitimados para a propositura da referida ação.

Deve-se ter em mente, além disso, que o Município é o ente federativo mais próximo da população, no qual ocorrem os mais frequentes e evidentes descumprimentos e abusos em relação aos preceitos constitucionais, de modo que se faz imperioso aumentar as possibilidades de controle das leis municipais.

1 “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (BRASIL, 1999).

2 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

3 Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 1999).

2.3 Objeto e pedidos na ação civil pública⁴

O objeto material de tutela da Ação Civil Pública se encontra inscrito no Art. 1º da Lei 7.347/85. Trata-se de um objeto extremamente amplo, tendo em conta que, nos termos do inciso IV do referido dispositivo legal, pode tutelar qualquer sorte de interesse difuso ou coletivo.⁵ Nesse diapasão, explica Almeida (2007, p.53):

Abrange todo pedido de proteção preventiva ou repressiva pela via jurisdicional dos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo, sem prejuízo do cabimento de outras formas de tutelas jurisdicionais coletivas previstas [...] O pedido na ação civil pública poderá abranger danos morais e patrimoniais aos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo (art. 5º, XXXV, e art. 129, III, da CF e art. 1º, *caput*, da LACP).

O Art. 3º do referido diploma (LACP) também amplia sobremaneira o objeto processual da referida modalidade de ação, tendo em vista afirmar que esta poderá ter por objeto a condenação pecuniária, bem como o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.⁶

Nesse diapasão, de conformidade com o entendimento de Mendes (2003), o objeto da ação civil pública é amplíssimo, condicionado apenas à própria definição do conceito jurídico indeterminado relativo aos interesses difusos e coletivos.

De acordo com Almeida (2007), referidos dispositivos evidenciam o chamado princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, onde são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos, medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos.

Ainda segundo o autor, é possível extrair o referido princípio jurídico por intermédio da combinação do art. 83 do CDC com o art. 21 da LACP, conferindo a ele hipereficácia de norma de superdireito processual coletivo comum. Desse modo:

[...] a ação civil pública é ação de interesse social, pois, por seu intermédio, o que se objetiva é a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de uma comunidade ou de uma coletividade de pessoas, indetermináveis ou não, conforme o caso. Assim, tendo em vista a relevância dos bens jurídicos por ela tuteláveis, não é aplicável, em sede de ação civil pública, bem como em sede dos processos coletivos em geral, a aplicabilidade do princípio da interpretação restritiva do pedido previsto no art. 293 do CPC. Esse princípio é próprio para o direito processual de tutela de direitos individuais, de sorte que há incompatibilidade substancial na sua aplicabilidade na ação civil pública e, em geral, repita-se, em todas as demandas coletivas (ALMEIDA, 2007, p.95-96).

Enquanto garantia fundamental voltada a assegurar direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, o

que evidencia o interesse social, os dispositivos que fazem referência à ação civil pública devem ser interpretados da maneira que mais amplie sua aplicabilidade.

Dessa forma, não cabe restringir o objeto da Ação Civil Pública, bem como não podem ser restritas as modalidades de seus pedidos, até porque se trata de uma ação que se distancia da sistemática individualista do processo comum, tendo em conta os direitos e interesses que tutela.

Conforme Theodoro Júnior (2009, p. 239), no modelo constitucional do processo, há um padrão mínimo a ser obedecido pelo legislador e pelo juiz, não havendo empecilho para se criar novas e melhores garantias de um processo efetivo, que traga resultados justos diante das situações concretas. E, ainda, o mesmo doutrinador, afirma:

As garantias constitucionais do processo, para se efetivarem, podem valer do aparelhamento procedimental existente. O pleno acesso à justiça depende, sobretudo, da implantação de 'uma nova mentalidade no processo', destinada a envolver não apenas o legislador, mas, sobretudo, doutrinadores e os sujeitos do processo.

Nesse sentido, somente se poderá conferir plenitude ao direito fundamental ao acesso à justiça por intermédio de uma mudança paradigmática em relação à própria ideia de direito processual, que não deve se ater exclusivamente às formalidades procedimentais; ao contrário, deve levar em consideração os direitos fundamentais que o processo busca resguardar.

Portanto, falar em efetividade processual significa proporcionar ao titular de um direito material, em cada caso concreto, acesso à ordem jurídica justa, por intermédio da disponibilização de instrumentos e da utilização de técnicas adequadas e aptas a possibilitar que a tutela seja alcançada.

2.4 Tutela específica e tutela antecipatória da obrigação na ação civil pública

Tendo em vista a amplitude do objeto processual da Ação Civil Pública, cabe determinar as fórmulas processuais que indicarão o formato do pedido na referida ação. Nesse sentido, a LACP é bastante incisiva ao determinar a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações civis públicas (BRASIL, 1985)⁷.

Dessa forma, é plenamente aplicável às ações civis públicas o disposto no art. 461 e §§ do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), especialmente no que se refere à tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer e à

4 A expressão Ação Civil Pública foi utilizada pela primeira vez na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei Complementar nº 40, de 13 de dezembro de 1981, revogada e substituída pela Lei nº 8625 de 12 de fevereiro de 1993, mas foi consagrada na Lei nº 7347/85. Passou a integrar o texto da Constituição Federal de 1988, cujo art. 129, inciso III a elencou entre as funções institucionais do Ministério Público (BOCARDI; MELO, 2010).

5 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (BRASIL, 1985).

6 Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (BRASIL, 1985).

7 Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições (BRASIL, 1985).

possibilidade de provimento antecipatório⁸.

Nesse diapasão, de acordo com Barbosa Moreira, pode-se definir a tutela específica da obrigação como “[...] uma tutela genuinamente preventiva. Tem como pressuposto a probabilidade da prática, da repetição ou da continuação de ato contrário ao direito” (MOREIRA, 1980, p.30).

Na defesa de direitos difusos ou coletivos é muito clara a necessidade de flexibilidade de pleitos, tendo em vista a infinidade de situações nas quais os direitos difusos e coletivos podem sofrer lesão ou ameaça. Dessa forma, a possibilidade de tutela específica em ACP apenas corrobora o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

A tutela específica prevista no art. 461 do Código de Processo Civil é bastante adequada à referida situação, tendo em conta ser flexível e admitir várias modalidades de tutela, seja de tutela antecipatória, seja de tutela de mérito.

A ação prevista no art. 461 do CPC é condenatória com caráter *inibitório* e, portanto, de conhecimento. A tutela inibitória destinada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, a ação *inibitória*, positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), ou ainda, para a tutela das obrigações de entrega da coisa (art. 461-A do CPC), é preventiva e tem eficácia mandamental. A sentença inibitória prescinde de posterior e sequencial processo de execução para ser efetiva no mundo fático, pois seus efeitos são de execução *lato sensu* [...]. É forma de tutela preventiva (tutela cautelar, tutela antecipada e tutela inibitória), com ela não se confundindo (NERY JÚNIOR; NERY, 2010, p.586).

A tutela específica da obrigação prevista pelo CPC tem nítido caráter de prevenção de lesão, em especial no que concerne à tutela inibitória. Nesse sentido, a defesa preventiva de direitos difusos e coletivos necessita de tais possibilidades, tendo em vista, em especial, as várias possibilidades de ameaça a tais direitos.

A referida tutela está intimamente ligada à efetividade da tutela jurisdicional e refere-se ao cumprimento de uma obrigação, por meio da tutela jurisdicional que, por sua vez, utiliza-se de todos os instrumentos processuais disponíveis, possibilitando entregar ao jurisdicionado exatamente aquilo que teria se a obrigação fosse cumprida espontaneamente.

Ínsito ao caráter preventivo da tutela específica do art. 461 do CPC está a possibilidade de antecipação de tutela para remoção de ilícito, tendo em conta ainda a necessidade de prevenção. Sobre o tema, assim afirmam Marinoni e Mitidiero (2008, p.428):

Para a tutela antecipada de remoção do ilícito, basta a probabilidade de o ilícito ter ocorrido, sendo desnecessário demonstrar a probabilidade de ilícito futuro e, muito menos, a probabilidade de dano. É que a probabilidade de o ilícito ter

ocorrido configura, por si só, a probabilidade de dano futuro, uma vez que a própria norma de proteção (provavelmente violada) possui o objetivo de evitar danos.

Dessa forma, a tutela antecipatória que visa à remoção do ilícito é uma das modalidades de tutela específica da obrigação que melhor representam a necessidade de aplicação do art. 461 e §§ do CPC ao procedimento da Ação Civil Pública, para o fim de prevenção de graves lesões aos direitos difusos e coletivos.

2.5 Controle de constitucionalidade por via de ação civil pública

Por muito tempo não se admitiu a ação civil pública em sede de controle difuso de constitucionalidade. Pode-se entender que a decisão que afastava a incidência da norma por incompatibilidade com a Constituição tinha o mesmo efeito das ações do controle abstrato, posicionamento que mereceu revisão doutrinária (STRECK, 2002).

Aqueles que não admitem a utilização da ACP para discutir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, apontam como principal argumento a questão dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada coletiva. Isso porque a decisão proferida em sede de ação civil pública invadiria a área de competência originária do STF (ALMEIDA, 2007).

É difícil sustentar que a decisão que afaste a incidência de uma lei teria efeitos limitados às partes, de forma que a ação civil pública se aproxima de um processo objetivo, sendo esta a razão de ter o legislador estabelecido que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*” (MENDES, 2003).

Justamente pelo fato de que as partes na ação civil pública atuam na defesa do interesse público, qualquer pretensão limitadora da eficácia das decisões proferidas em tais ações resultaria em sua completa nulificação (STRECK, 2002).

De acordo com Streck (2002, p.387):

É importante ressaltar, como contributo para a sustentação da tese da admissibilidade da utilização do controle difuso em sede de ação civil pública, que, neste caso, a declaração de inconstitucionalidade apenas produz efeitos *inter partes* (não estou considerando, aqui, as consequências pragmáticas dos efeitos exsurgentes da aplicação do Parágrafo único do art. 481 do CPC). O ato normativo (municipal, estadual ou federal) *não perde a sua eficácia*. [...] Especificamente no caso da Ação Civil Pública, muito embora os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo tenham uma extensão que perpassa uma mera relação *inter partes*, não se pode entender que a ação civil pública se alce a sucedâneo de controle concentrado de constitucionalidade.

Muitas vezes, a declaração de inconstitucionalidade incidental de determinado ato normativo é crucial para a

8 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. [...] § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (BRASIL, 1973).

decisão de mérito, em especial na ação civil pública, tendo em vista se tratar de causa de pedir que justifica o pleito, em especial no que tange à tutela específica da obrigação de não fazer.

A restrição com base na possível eficácia abstrata e geral da declaração de inconstitucionalidade da decisão na ação civil pública não basta para impedir ou deslegitimar a possibilidade de controle de constitucionalidade incidental de ato normativo por via de ação civil pública.

Conforme Borges, Cavalcanti e Nascimento (2009, p.57):

Embora todo juiz possa emitir juízo sobre a constitucionalidade das leis, sua decisão se limita às partes as quais é direcionada. No entanto, o problema de todo o julgado da ação civil pública consiste na coletivização da atual causa de pedir como forma de dar um efeito, adequado à natureza da constitucionalidade como bem jurídico difuso. Percebe-se que nesta ação mencionada, a declaração de inconstitucionalidade deve ser entendida sobre o prisma da finalidade, isto é, se a ação civil pública serve para a defesa de bens jurídicos difusos, coletivos e individuais homogêneos, basta uma adaptação no sistema para a inserção deste objeto.

Mesmo nas ações cuja causa de pedir é a inconstitucionalidade de ato normativo, o objeto é a defesa de interesses tutelados pela Constituição. A constitucionalidade não é objeto da ação, mas questão prejudicial, de forma que não se declara a inconstitucionalidade em tese, mas nega-se a aplicação da norma (SÁ, 2002).

Os elementos das ações de controle concentrado são diferentes daqueles da ação civil pública. A inconstitucionalidade na ação civil pública é discutida *incidenter tantum* e apreciada na fundamentação da decisão. O pedido não é a declaração de inconstitucionalidade, mas a tutela do direito lesado ou ameaçado (ALMEIDA, 2007).

Importa registrar que o controle da constitucionalidade é garantia constitucional fundamental expressa (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁹). Isso significa que não é possível sustentar qualquer interpretação restritiva no que concerne às suas possibilidades de utilização. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Não é possível ação civil pública com o objetivo do exercício de controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, o que importaria a usurpação do STF. Todavia, admite-se a utilização da ação civil pública com a finalidade do exercício de controle incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da CF. Assim: Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade,

incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local (BRASIL, 2002).¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade do controle de constitucionalidade incidental por via de ação civil pública, entendendo que referida modalidade se distancia do controle de constitucionalidade por via de ação, desde que não seja utilizada para substituí-lo, da seguinte forma:

É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do STF, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade (BRASIL, 2003).

Dessa forma, é plenamente possível a utilização da Ação Civil Pública para o controle de constitucionalidade incidental, não sendo possível considerá-la, sempre, como sucedâneo de ação de direta de inconstitucionalidade, de forma que não existe, ao menos *prima facie*, usurpação da competência do Tribunal Constitucional.

2.6 A legitimidade para a propositura da ação civil pública contra a legitimidade para as ações do controle concentrado de constitucionalidade

As ações do controle concentrado de constitucionalidade têm sua legitimidade ativa restrita pela Constituição. Já a ação civil pública tem um rol amplo de legitimados, entre eles o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes Federados, entes da administração indireta, e associações que tenham finalidade pertinente em relação ao objeto da ação.¹¹

No que concerne à legitimidade passiva, as ações de controle concentrado de constitucionalidade atacam atos normativos que, em tese, ferem a Constituição. Na ação civil pública, a legitimidade passiva se estende a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas (MEIRELLES, 2008).

A amplitude de tal legitimação apenas poderia ocasionar ilicitudes no que concerne ao controle abstrato da constitucionalidade se a ação civil pública passasse a ser utilizada como substituta das ações diretas, hipótese que, de fato, não se coaduna com a Constituição. Assim já decidiu o

9 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

10 No mesmo sentido: O STF tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idóneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifica-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal (BRASIL, 2000).

11 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1985).

Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IPTU - TAXA DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS E ILUMINAÇÃO PÚBLICA - DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - PRECEDENTES. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL (TARE). ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. [...] 2. A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental. 3. Deveras, a premissa do pedido do Ministério Público de que a cobrança de taxas municipais e do IPTU, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a *legitimatio* do Parquet com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular "pretensões que envolvam tributos". (Art. 1º § único da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001). [...] 5. Inequivoca natureza declaratória de inconstitucionalidade travestida em ação civil pública com contornos competenciais de legitimação e eficácia da coisa julgada incompatíveis com o modelo federal de controle concentrado dos atos do Poder Público. 6. Impossibilidade jurídica do pedido acrescida da carência acionária pela inadequação do meio que induz à extinção do processo. 7. Incabível a ação civil pública, cuja sentença tenha eficácia *erga omnes*, quando substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: Resp 678911/MG, DJ 23/06/2005, desta Relatoria; Resp 401554/DF, DJ 26.05.2006; Resp 457090/DF, DJ 25.04.2006. 8. Recurso especial desprovido (BRASIL, 2006).

Dessa forma, defende-se a possibilidade de controle incidental da constitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, não a substituição das ações de controle abstrato de constitucionalidade por meio da ação civil pública, atuação já proibida pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.7 Controle de constitucionalidade das leis municipais por via de ação civil pública

O controle difuso e incidental da constitucionalidade é garantia constitucional que consta do art. 5º, XXXV, da CF, que afirma que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito". É questão de ordem pública que demanda, inclusive, que o Judiciário se pronuncie inclusive *ex officio* (ALMEIDA, 2007).

Assim, a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, tendo como paradigma a Constituição Federal, apesar de não encontrar positivação, deve ocorrer de alguma forma, sob pena de se negar eficácia ao direito fundamental de acesso à justiça para repressão ou prevenção de lesões a direitos consagrados pela Constituição.

Sustentar que referido controle de constitucionalidade não pode ser feito por via de Ação Civil Pública porque sequer o Supremo Tribunal Federal poderia fazê-lo é o mesmo que abrir mão do controle difuso, pois o fato de ser uma norma municipal apenas corrobora a necessidade de controle *incidenter tantum* (SCHÄFER, 2002).

Trata-se de justificativa que, ironicamente, não pode

ser classificada de outro modo que não incompatível com a Constituição. Imagine-se negar a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso de lei municipal porque o STF não pode fazê-lo de forma abstrata, salvo em hipóteses muito específicas.

Já que o controle de constitucionalidade incidental é uma das faces do direito fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional repressiva e preventiva, a ação civil pública é o remédio próprio para se aferir a constitucionalidade de dispositivos legais municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal.

3 Conclusão

O controle de constitucionalidade das leis municipais no Brasil encontra diversos limites na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais, o que prejudica a inafastabilidade jurisdicional, tendo em conta a evidente proximidade entre o Município e os problemas da população.

O objeto de tutela da ação civil pública, nos termos da própria LACP é extremamente amplo, referindo-se a todo e qualquer direito difuso ou coletivo lesado, bem como podendo a referida ação ter como pedido a tutela pecuniária ou obrigação de fazer ou de não fazer.

Destarte, por força das disposições da LACP e de outros diplomas, bem como de sua interpretação sistemática, o objeto da ação civil pública não pode ser restringido às modalidades próprias dos processos individuais, tendo em vista até mesmo os direitos e interesses por ela tutelados.

Tendo em conta essa amplitude de possibilidades de tutela, são cabíveis todas as modalidades de tutela específica da obrigação, nos termos do art. 461 e §§ do CPC, inclusive no que concerne à tutela antecipatória de remoção do ilícito visando à prevenção de graves lesões aos direitos difusos e coletivos.

Essa amplitude de tutela da ACP pode, obviamente, encontrar obstáculo na inconstitucionalidade de algum dispositivo legal. Dessa forma, é necessária, até mesmo para corroborar a amplitude de seu objeto, a possibilidade de controle de constitucionalidade incidental na Ação Civil Pública.

No que concerne especificamente ao controle de constitucionalidade das leis municipais no Brasil, este somente seria possível por via de representação de inconstitucionalidade da lei, tendo como paradigma a Constituição Estadual ou a ADPF, que conta com um rol de legitimados muito estreito.

No sistema federativo nacional, o Município é o ente federado que se encontra mais próximo da população e, portanto, mais propenso a despertar questões relativas aos direitos difusos e coletivos. Como se poderia, então, ampliar as possibilidades de controle de constitucionalidade de lei municipal, tendo como parâmetro a Constituição Federal?

A amplitude do objeto processual da ACP deixa muito clara a possibilidade de tutela de lesões e ameaças a direitos

garantidos diretamente pela Constituição Federal, de forma que a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade é imperiosa para que se efetive, por intermédio da referida ação, o direito fundamental à inafastabilidade jurisdicional.

Assim, conclui-se que o controle difuso de constitucionalidade de lei municipal por intermédio de Ação Civil Pública é compatível com a Constituição, não representando, de forma alguma, a supressão da competência do Supremo Tribunal Federal para o controle concentrado de constitucionalidade.

Referências

- ALMEIDA, G.A. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BOCARDI, N.; MELO, L.C.F. Ação civil pública na implementação dos direitos fundamentais. *Revista Idea*, v.1, n.2, p.1-18, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.
- BRASIL. Lei 5.869/1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- BRASIL. Lei n. 7.347/1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- BRASIL. Lei n. 9.882/1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 303.174-DF*. Relator: Ministro Franciulli Netto. 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 883690-SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 1.733-SP*. Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello. 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 227.159-4-GO*. Relator: Ministro Néri da Silveira. 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2011.
- BORGES, A.W.; CAVALCANTI, B.M.; NASCIMENTO, R.V. A ação civil pública no controle de constitucionalidade - questões controvertidas e delimitação das possibilidades. *Diritto & Diritti*, v. 26, p.1-73, 2009.
- FERRARI, R.M.N.M. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MACHADO, F.D.A.; OLIVEIRA, M.A.C. (Coord.). *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MANCUSO, R.C. *Ação Civil Pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11.ed. São Paulo: RT, 2009.
- MEIRELLES, H.L. *Mandado de segurança*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, G.F. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, A. (Org.). *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.151-166.
- MOREIRA, J.C.B. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: MOREIRA, J.C.B. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.30-44.
- NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R.M. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SÁ, J.A.C.A. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SCHÄFER, G. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- STRECK, L.L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, H. Hermenêutica e processo. In: MACHADO, F.D.A. (Org.). *Constituição e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.208-239.
- WALD, A. (Org.). *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

